

水利権の構造変化

小
川
竹
一

目 次

- 一 水利権研究の視点
- 二 水利秩序と水利権モデル
 - 1 問題設定
 - 2 慣行水利権堅持論モデルと水利調整モデル
 - 3 水利権の条件付け傾向
- 三 水利権の重層的構造
 - 1 問題状況
 - 2 慣行水利権と許可水利権の関係
 - 3 水利権の内部構造
 - 4 許可水利権の限定的理解と水利権重層構造論
 - 5 小括
- 四 水利権譲渡と転用
 - 1 水利権譲渡と公権説・私権説
 - 2 転用類型と転用対価

水利権の構造変化（小川竹一）

一 水利権研究の視点

水利権の実現を考える時、法学的研究は如何なる視点からアプローチすれば、これを総体として捉えることができるか。農業水利権は、河川（あるいは湖沼・溜池）から取水し、末端のは場で使用する過程を保障するものであり、その実現は、権利形態・内容に規定されて、その用水管理組織が担うものであり、これを基底から規定するものが用水施設である。⁽¹⁾現代の農業水利は、河川の公的管理が強化される状況下で、都市化の拡大、兼業農家の増大・混住化の進行による農村社会の等質性の喪失等の社会的要因に規定されて、農民の水利権意識、用水管理方法が変化をみせ、これがさらに施設の近代化を媒介にしていっそう拡大している。これに相応し、用水管理組織も変化を見せている。したがって、水利権研究は、農民の水利権意識というイデオロギー形態の他、現象的側面である三つのレベルの側面を明らかにしなければ統一的に把握することはできない。①は、権利の形態・種別等の水利組織・農民の用水使用の根拠であり、②は、施設システムとこれに規定される用水管理システム・農民の水使用形態であり、③は、用水管理の組織形態・各組織の施設所有権・管理権限帰属である。⁽³⁾

この三つのレベルに、複雑な事例では、河川管理者―国・県・公団（取水施設所有・管理者・許可水利権主体）―大規模土地改良区―小規模土地改良区―農民という主体が関与している（必要に応じて農水省水利担当部門が関与する）。以下、河川水利をモデルにして考察していこう。

①権利の形態・種別等の水利組織・農民の用水使用の根拠レベル

許可水利権への切り替えおよび水利権主体の変更問題が生じ、許可水利権の性質、土地改良区が慣行水利権主体でなくなったとされることの意味等の説明が必要となっている。また、水利権に対する公的管理が厳しくなっている。

許可水利権に対する期別規制や、とりわけ総量規制が、土地改良区の用水管理に対して厳しい規制となっていて、水利権の実現に大きな変化をもたらした。

②施設システムとこれに規定された用水管理システム・農民の水使用形態レベル

合口事業、大規模土地改良事業に伴う水利施設の更新、農業用水合理化事業等によって水利施設システムが近代化し、この管理が水利団体を離れて、国・県・公団が行う（以下、官・公団管理システム）事例や、幹線施設以下の整備によって、土地改良区が管理を集約化（以下、土地改良区一元的管理システム）して、農民の用水管理からの離脱という現象が生じている。施設システムの装置化が高度になった場合、集管的管理システムが望ましいのか、分散的管理のシステム（あるいは分散的システムが可能となる施設システムの組込み）を取り入れる必要があるのかという問題がある。従来は、農民参加用水管理システムであったものが、施設システムの高度化によって変質し、農民は、水道使用者的な用水管理で済む形態が出現している。農民の水利権意識を根底において規定していたものが、農民の用水管理参加であったとしたら、この変化は、権利意識形態に大きな変化をもたらすであろう。1官・公団管理システム、2土地改良区一元的管理システム、3農民参加管理システムがそれぞれの程度貫かれているかによって、効率性と水利権意識とが規定されるであろう。現在では、12の程度の順位の高い順に権利意識が低くなっているという仮説を立てることができよう。効率性と権利意識（の強さ）との関係をどのように考えるのが今後の重要な課題である。

③用水管理の組織形態・各組織の管理権限帰属レベル

従来の水利団体は、内部の地域的利害が対立することがあっても、等質的な農民組織であったといえるであろう。しかし、現在は、水利組織にも大きな変化が生じている。一つは、合口、水利施設の造成・更新によって、水利団体

が取水口などの基幹的水利施設の所有権を取得せず、これの管理を行わないことなど水利権実現に異質の組織が関与するようになったこと、一つは、土地改良区内部では「技術系職員」によるテクノラート管理⁽⁴⁾が行われ、農民の水利意識にはなかった効率性を重視する用水組織への変質という問題である。土地改良区内部でも、用水調整委員会の権限を担当理事が持つようにするとか、事務局が理事会の包括的委任を受けて、かなりの裁量をもつとかという形の変化が生じている。大規模土地改良区の中に存在する支線・派線の管理権限をもつ小規模土地改良区の統廃合問題も生じている。支線・派線の配水・管理にいたるまで、大規模土地改良区が一元的に管理しようというものである。したがって、①異質の管理組織と土地改良区との関係をどう理解するか―とりわけ管理組織が許可水利権を取得する場合、土地改良区がいかなる権能を持つ組織になるかという問題があり、②土地改良区内部での用水管理権限の配分問題、すなわち土地改良区がどの程度用水管理権限を集権化するか、ある程度用水管理権限を持つ分権的組織を内部に認めるのかという問題がある。

本稿は、三つのレベルの問題の相互規定性に注意しながら、①の権利にかかわる問題を中心にして検討しよう。農民の水利権意識の問題は、上記のアプローチからも、漏れる問題であるが、それを規定する条件は、明らかにすることができらるであろう。

二 水利秩序と水利権モデル

1 問題設定

この問題は、一つは、水利秩序の中で水利権が水利団体にあるということとは、どういう効果があるのか、あるいはその水利権が慣行水利権であるか、許可水利権であるかによってどのような差異があるのか、ということであり、一

つは、一つの水利秩序の中で水利調整機構が水利調整によって水利権実現にかかわる諸問題をどのように保障していくかという問題である。慣行水利権を農民水利組織が保持することだけに焦点を絞るのではなく、現段階では、実質的に水利権実現を保障する条件を考える必要がある。その前提として、水利秩序の中で利水者がどのような権利・義務を負っているのかの認識が不可欠である。河川水の利用にかかわる権利と義務として、取水の権利、取水の義務、排水の権利、排水の義務が指摘されている。⁽⁵⁾ 取水の義務（おのれ以外の地区のために取水しなければならぬこと）と排水の義務（利用した後の水を河川に排水しなければならぬこと）が、他の利水者との関係で重要である。また、河川管理との関係でどのような管理者の管理機構があるのか、その中で農業利水者はどのような立場に置かれているのか、他の利水者——とりわけ他種利水者との——との調整機構は、どのようなものがあり、どのような場合に、どのような機能を果たすのか、ということの認識が重要である。

従来の法学の対応としては、慣行水利権堅持論とも言うべきものがあり、慣行水利権を保持していくことの重要性を強調し、その私権性を強調する見解がある。慣行水利権を保持していければ水利団体にとって都合のよいものであろうが、その基礎に在った自由な水利用は制約を受けざるを得ない状況にある。慣行水利権の切り替え問題が批判されるべき問題であるとしても、そのような事態は、如何なる論理を以て、如何なる手段で産みだされているのかの認識が不可欠であり、慣行水利権は制約されてはならないというだけの批判は弱いものであろう。また慣行水利権を保持していないが故に、水利組織は権利が弱体化しているといえるのであろうか。水利権が弱体化していることは何に由来し、これを回復するには何が必要なのかの総体的認識が必要である。例えば、農業水利組織研究会「新しい水利組織を求めて」は、利水者間の自治的な組織である地域農業水利調整組織を育成し、自主的調整を行い、河川管理者に対する交渉力を強めるなどの提言を行っている。このような河川管理者との対抗能力を持った地域的水利組織を

前提として、自己制約的な水利権を展望すべきであろう。

2 慣行水利権堅持論モデルと水利調整モデル

理念化した水利権モデルとして、慣行水利権堅持論モデルと水利調整モデルを設定し、これを対比させて、理念的な比較を試みよう。（これらは現実にある主張の傾向をそれぞれ理念的に強調化・極端化したものであって、現実にある学説とはことなるものである。）現代の農業水利に対する公的管理の強化、都市化による農業水利の圧迫傾向に対して、水利権実現の保障を何に求めていくかによって、慣行水利権堅持論モデルⅡ農業利水者は河川管理者による管理を排除し、旧来の慣行水利権を堅持し、その私権性をいっそう強調していくべきであるとする立場、と、水利調整モデルⅡ権利形態の差異を絶対化して慣行水利権主体でなければ権利の実現が保障されないと考えるのではなく、河川管理者、他種利水者に対する農業利水者側の交渉能力を高め、利水上の問題を調整する調整機構の整備に重点を置いて水利秩序の組織化を考えていく立場、とである。

両者は、問題の別の側面をそれぞれに強調しているわけであり、どちらか一つの択一的選択であるという関係に立つものではなく、中間的にいろいろなバリエーションがありうる。しかし、両者には、決定的な相違点が存在する。それは、河川の公的管理に対抗する論理が、旧来の論理（自由な水利利用）であるのか、新しい論理（自治的な水利調整組織による交渉）であるのかである。慣行水利権堅持論は、権利の効果として公的管理を排除できることを前提とするので、行政との接触の場を理論内在的に想定しないものであり、水利調整・紛争解決は裁判での解決を想定するものとなる⁽⁶⁾。

水利権の弱体化というものはどういふものであろうか。また、それぞれのモデルとどのように対応するのであろう

か。確かに、慣行水利権が許可水利権に切り替えられることによって、河川管理者が制約を加える条件ができた。しかし、他の側面、物権的請求権の行使、という私法的な権利行使の側面では相違がない。^(?)必ずしも権利行使では解決の付かない問題に対してはどうか。ここでは、土地改良区が慣行水利権主体であることを堅持しているだけでは、解決や改善の見込みのつかない問題について述べよう。水質汚濁への対応、渇水時の調整のような社会的紛争においては、許可水利権が慣行水利権かによって立場の強弱は現れてこないように思える。水資源の逼迫化と公的管理の強化、そして土地改良事業による取水施設更新等による行政との関与性が生じてくる、管理システムの導入という状況下で、必要なのは土地改良区の主体性の強化であり、水利権の形態・種別の問題がこれといかに関連するかが考察されなければならない。

渇水対策においては、農業水利権は、上水に比べて厳しい削減率を課されている。これは農業水利権一般に対するものであって、慣行水利権か許可水利権かによって違いがでてくることではないであろう。勿論、一つの水系で渇水対策をとるとき、従前の自己が管理する取水施設で取水している上流慣行水利権利水者は、削減に応じないことは可能である。しかし、利根川渇水時における利根大堰利水者間の節水対応に見られるごとく、農業水利者は、慣行水利権のもの、許可水利権（ただし、権利者は公団）のものも、一律の削減を行った。この基礎にあるのは、取水管理施設が公団管理であって、合口取水であり農業水利側が対公団に対しては、「利根合口農業水利協議会」として一本化していることがある。①取水施設が官・公団管理にある場合は、慣行水利権か許可水利権かは関係がないこと、②そのような場合には、合口取水が多く、農業水利側として一本化すること、であることが指摘される。この事実、河川自流量が開発しつくされて、利水者が多く貼り付き社会問題として渇水問題が生じる水系の一般的傾向と言えるであろう。また、節水率およびその決定過程に問題があるとしても、節水に応じないということも現実的ではなく、

これに対応するには、農業水利側が交渉・調整主体としての能力を備える必要がある。問題は、慣行水利権か許可水利権かという局面とは別の次元にあるように思える。都市化の影響による水質汚濁問題については、農業水利全体が厳しい状況に迫られて、慣行水利権か許可水利権かという問題とは、問題が全く異なる。

3 水利権の条件付け傾向

利水者の合理的な水利用が必要であり、そのために何らかの基準が必要である。しかし、現在の水利権の規制が合理的なものであるとはいえない。現在の規制の問題点について検討してみよう。許可水利権になることによる制約として、①使用規則、②おおむね十年間の許可期限、が課せられることがある。⁽³⁾ ①使用規則による制限。従来の水利権の権利内容表示が最大取水量、施設形態による取水方法、等の方法であったのが、新河川法施行に伴い、河川局長通達「河川法の施行について」（六五年六月）を定め、許可水利権の許可処分に伴い、水利使用規則を定めることとし、その内容は、標準水利使用規則を定めて指導することとした。目的が細分化され、農業用水は、かんがい目的とされ、取水量については、期別の最大取水量―しろかき期・普通かんがい期・非かんがい期―を定めた。これに総取水量表示が付け加わることによって、農業用水の取水は、枠付けられ、施設システムの高度化、土地改良区の一元的管理の強化、等がますます必要になった。これが水利権の存在構造を変化させて行くわけである。目的の限定については、農業用水が、地域用水として機能してきた事情を無視するものであるとの批判がある。期別の規制については、農業用水の用水管理が自然条件を前提にするものであり、その自由度を害するものであるとの批判がある。総取水量表示については、前記の規制をさらに強化するものであり、自由度がさらに制限された。目的規定は、地域用水的機能を確認させる必要がある。期別規制は、より融通をもたせたものにする必要がある。総量表示は、これの導入を施

設システムの付与を前提にするなど限定しなければならない。⁽⁹⁾ことに、農業用水合理化事業に係るものについては、従前は慣行水利権であったものが、このような制約を被る影響は大きい。

許可期間の徒過による更新にあたっては問題が多い。何故、更新期間が設けられているのか。果たして、更新を受ける必要があるのか、ともかく、河川管理者が利水者に恒久的に介入・接触を与える機会を与えたものとしての意味は大きいものであるであろう。これによって、河川管理者は、河川利用可能量を把握することが可能となっている。更新にあたって、従前より増量取水できる可能性が確保されねばならないが、現実的には難しいものとなっている。許可水利権化することによって、慣行水利権に枠付けて浮いた分は、すでに新規利水者に与えられているからである。以上の多くの規制が施行令・通達レベルで定められているのは、問題がある。

三 水利権の重層的構造

1 問題状況

水利権の構造変化に応じて、河川管理との対応面である慣行水利権と許可水利権との関連性の問題つまり水利権の外部構造、そして、水利権の内部構造の捉え直しが必要と成っている。ここでは、水利権の重層構造という観点からこの問題に接近する。水利権の重層構造は、取水から使用に至る過程が幾つかの施設と行為を経ることに由来する水利権固有の構造である。しかし、以下に見るようにこの構造の発現の仕方は、従前と現在とでは大きな変化が生じている。

河川管理の公的管理の強化によって、許可水利権への切り替え等、水利権への規制が加わる中、農業水利部門内においても、「農業水利の合理化」に対応するために、土地改良事業の実施等によって、基幹水利施設の改築等によっ

て施設システムが、変化を生じ、これと同時に、制度的にも、水利権の事業主体取得、基幹水利施設の所有権・管理権が土地改良区の手から離れていく事態が生じている。このため、水利権の重層構造は、施設面、その管理面、そして水利権の帰属面でも大きな変化を示している。

このような重層構造を水利権の構成面において意識的に捉えるようになった契機は、慣行水利権の許可水利権への「切り替え」問題、国営土地改良事業にかかる水利施設の所有権の国有財産化・管理権取得¹¹⁾や、国営土地改良事業による水利施設更新にかかって事業主体が水利権を取得するという事態―水利権主体でなくしかも取水を行わない水利団体の水利権の構造は、如何なるものであろうか―が生じ、水利権の構造についての捉え直しが必要になったためである。

検討さるべき問題は、水利権の外部的問題としては、①許可水利権とは如何なるものか、慣行水利権との関係は如何、②事業主体が水利権を取得した場合に、旧来の水利団体は、如何なる根拠によって用水を管理し、使用するのか、という問題であり、内部的な問題としては、取水から使用まで、複雑な重層過程を経ていたものが、施設システムの整備、土地改良区の一元的管理体制化によって、旧来の施設によって規定されていた管理体制との摩擦が生じ、組織系統の一元化・管理権限の配分問題である内部構造の見直しが必要という問題である。

2 慣行水利権と許可水利権の関係

一八九六年に河川法が制定され、利水についても許可制度がとり入れられた。しかし、既存水利については、ほぼそのまま継承され、許可を受けたものとみなすという措置が採られた。河川法は、一九六四年に改正され、この新制度によって水利権許可制度は、大きな機能を果たすようになった。河川水は公水であるとの立場から、新しい水利権

については、水利権の内容（使用目的、期間、水量）を細かく規定することになった。水力発電、上水道の形成によって河川法に基づく水利権が次々と認められるようになった。また、慣行水利権たる農業水利権も水利施設更新を契機として、河川管理者から許可水利権に切り替えを迫られている事例が多い。このようにして、河川法特に新河川法に基づく許可水利権と河川法制定以前の利水である「慣行水利権」とが区別して考えられることになる。しかし、「慣行水利権」から「許可水利権」に切り替えられた水利権は、「慣行水利権」と区別して考えられるのであろうか。この切り替えは、慣行水利権の放棄を媒介とする許可水利権化を後述のように河川管理との対応を明らかにしたとどまると理解すれば、この放棄の意味は限定して理解されねばならない。⁽¹³⁾「慣行水利権」か「許可水利権」という区別が権利の発生根拠の違いであるとしたら、「慣行」から「許可」に切り替えられた場合には、発生の根拠が変わったとはいえないからこの区別は、不適当であろう。許可水利権を「創設的」許可水利権と「確認的」許可水利権に分けて捉える必要がある。したがって、水利権には、慣行水利権と許可水利権とがあるという分類ではなく、慣行水利権と創設的許可水利権とがあり、前者は慣行水利権のままのものと確認的許可水利権とがあるといふべきであろう。しかし、河川法によって河川区間に存在する慣行水利権は、許可水利権とみなされるから、正確にいえば、慣行水利権には、水利使用規則の付されているものとそうでないものがあるということになる。⁽¹⁴⁾

許可水利権への切り替えが以上のような意味しか持たないものであるとすれば、このように権利の種別に混乱をもたらすような変更はいたずらに行うべきでないということになる。ただし、農業用水合理化事業に伴って慣行水利権が許可水利権化される場合のように水利権の条件づけが必要となるときはどのように考えるべきか。この場合は、慣行水利権側が減量取水を行ない、それが水利秩序に影響を与えない範囲で新規利水が許可される訳であるから、一定の契機は存在する。この場合も、農業水利の取水量明示が必要であるとしても、許可水利権化するのではなく、慣

行水利権の届け出の手續（河川法三八条、施行令二〇条二項）を用いて権利内容を自ら限定する方法も考えられよう。

3 水利権の内部構造

農業水利権の実現には、河川からの取水（河川面に取り付けられた取水口によって導水路・幹線水路に水を入れる）―導水（取水した水を導水路を経て幹線水路にまで導水する）―配水（分水口から各支線水路に水を配水する）―引水（支線水路から各集落の取り入れ口に引水する）―使用（各ほ場での水使用）という各行為に分けて捉えることができる。

施設システムも、重層的に構成されている。取水施設、大規模な合口取水施設の場合には導水路を経て、幹線水路、分水口、支線水路、派線水路、集落取水堰という施設レベルがあり、それぞれの施設化の高度化のレベルが異なっている。施設化の高度化のレベルが管理形態を規定する。高度化レベルが高い程、集中管理システムが適合的になり、レベルが低い程、分散管理システムをとらなければならないことになる。高度化するためには、建設費用の他、維持管理費用が高くつくことになる。現実的には、集中管理システムと分散管理システムの適当な組み合わせが必要になる。

また、水利組織の管理形態の面からもこの重層性を指摘することができる。伝統的な水利組織においては、取水口、幹線水路は、大規模土地改良区が管理し、支線水路以下は、小規模土地改良区が管理し、各集落レベルでも独自の水利慣行を有していて、集落水路を管理している。近時は、水利施設更新、合口によって、取水は、土地改良区が行わず、水資源公団が行っているような事例が生じている。従来とは、異質の非農民的な組織が水利組織の重要な側面に関与するようになってきている。また、支線水路以下も大規模土地改良区が一元的に管理するようになる傾向があ

る。そして重要な用水管理の意志決定・執行が「技術系職員」の手に委ねられるようになってきている。その要因は、兼業化などの進行による農民参加型用水管理システムが崩壊による支線以下の管理の空洞化であり、それに対応するための施設の整備である。そうすると、土地改良区内部での用水管理をめぐる利害調整が等質的な農民層の地域的利害を対象としていたものが、「効率性」を追及しなければならぬ「技術系職員」と農民との異質的な目標達成動機の調整の問題が生じてくる。従前は、各機能が未分化であったものが、現段階は、取水機能が分化し、支線以下の管理機能が空洞化し、幹線以下支派線まで統合化するという機能の分化と統合化が進んでいるのである。この分化と統合化に即しながら、しかも、取水から使用までの包括的権利である水利権の構成を考えていかねばならない。

4 許可水利権の限定的理解と水利権重層構造論

水利権の重層的構造の捉え直しを行い、許可水利権の性格規定を行ったのは、農業水利問題研究会『日本の農業用水』（八二）である。許可水利権、つまり河川法二三条が規定する「河川管理者が与える流水占用の許可」による「流水占用権」は、如何なる性質を有するのか。「この許可は、河川法の目的に従って、河川管理上必要な限度においてなされるものであり、したがって、この許可による権利いわゆる流水占用権は、河川管理という面に関する限りでの権利である」（二三八頁）。つまり、農業水利が河川面と接触する側面での権利であり、「流水占用権は、河川からの引水権であり、農業水利権に多い慣行水利権と対比してみると、その包含する範囲が異なっている」のである。「慣行水利権では、一般的には、河川から、取水し、それを村落共同体の管理する施設で導水し、個別農家の水田で使用するまでの間のいろいろな権利が全て包摂されて、これが一つの権利となっているのに対し、……流水占用権は河川からの取水部分だけに關する権利になっている」（二三九頁）。したがって、慣行水利権が河川法上許可を受けたも

のとみなされるという場合の、慣行水利権の河川法上の位置づけは、「慣行水利権といわれている権利のうちの取水に関する部分である」。

この農業水利研究会の指摘は、極めて重要である。⁽¹⁵⁾ 筆者らは、この見解に依拠した（小川・片岡「現状・課題」）。しかし、若干誤解を招く、あるいは不明な点があるように思われる。慣行水利権が許可水利権に切り替えられた場合、許可水利権は取水に関する権利であるとして、その残余部分が慣行水利権となる、という理解が出てくる余地がある。しかし、そうではあるまい。許可水利権が河川管理に関する側面であるとすれば、別の側面である権利自体の存立根拠という側面では、従来の慣行水利権たる性質をそのまま保持し、取水面まで含めた一つの権利であると理解すべきであろう。許可水利権になったとしても、水利権主体は、同一であるからである。この点は、後述する、取水面での水利権主体に変更があった場合とは、ことなる。利谷は、「公権私権重畳説をとれば、慣行水利権の許可水利権への転化は、慣行水利権の実質的存続を妨げるものではない。合口が行われるばあいでも、許可水利権は、実質的に存続する慣行水利権（水利団体構成員のもつ水利権の総体）が、公流水に接触する面を表示するものにすぎない。」とする（利谷前掲「論文」）。水利権が公権性と私権性の二面を持つことに着目し、農業水利問題研究会の見解を補強するものである。

水利権主体に変更があった場合をどのように理解すべきか。

既得の農業水利権に係る河川からの取水で、国営土地改良事業によって取水施設を合口して取水するような場合は、その取水が開始される時点で、国は、土地改良区等から既得水利権が消滅することに対する同意を得て、流水占用権の取得を行うようにされている。⁽¹⁶⁾ また、公団の事業による取水施設からの取水についても、これに準じて公団が水利権を取得することが行われている。⁽¹⁶⁾ このような場合、旧来の農業水利権は完全に消滅してしまうのかとい

う問題がある。『日本の農業用水』は、土地改良区等が既得水利権の消滅に同意したかわりに国が取得する流水占用権であるので、「既得の水利権のうち流水占用権に相当する部分に限って、これを放棄しているというべき」（二五二頁）であるとしている。筆者らも葛西用水の例を検討し、これに依拠し、「慣行水利権の残存・縮減形態」として位置づけた。「……許可水利権と慣行水利権は併存して、河川からの取水権の部分のみ縮減していると扱えられる。葛西用水は、従前どうり配水を続け、農民も従前どうり水を使用している。この配水―水使用の部分については、権利関係に変化が生じて葛西用水や農民が無権利になったとは捉えられない。又、公団の権利は、取水して葛西用水に配水することによって目的が限定されているものであり、それ自体で実現する目的を持つものではない。」（小川・片岡「現状・課題」一一三頁）。この最後の部分は、いいかえれば、土地改良区は公団に対して取水について権利を有し、公団は義務を負っていると解しているわけである。この根拠は、当然「慣行水利権の残存・縮減形態」たる土地改良区の水利権である。つまり、この見解では、土地改良区は取水量に対して潜在的に権利を保持していることが前提されているが、取水については全くなにも主張しえないのではないかという批判がありうるかもしれないので、「慣行水利権の残存・縮減形態」は、取水について潜在的な権利を保持し、公団等の許可水利権者にたいする関係では、取水量に対する請求権を有し、配水・引水については従前どうりの権利を有する水利権形態であると定義しておく。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾なお、土地改良区が管理主体であるのに、国が許可水利権主体である場合は、河川管理者に対する代行権限を有しているのみであると理解すべきである。

しかし、制度論的には、水利権主体の変更が妥当性を有するのか、という問題が残るであろう。以上見たように、解釈上は、旧来の水利権者である土地改良区が水利権を失ってしまったということは有り得ないことを主張できる。また、実態においても、土地改良区が名目的な水利権主体でなくなったことから、なにか不利益が生じているという

ことはないようではあるが。⁽¹⁹⁾

ただ考えられる問題点は、施設管理―取水管理によって、利水者が不利益をこうむる場合に施設管理―取水管理に対する発言権がどのように保障されるかということである。また、水利権譲渡を欲する場合、譲渡主体足りうるか、という問題もある。⁽²⁰⁾

以上の問題点は、重層構造論の観点から、十分に、名目的水利権の所在に関係なく解釈可能な問題である。しかし、逆に、施設管理主体が水利権主体とならなければ、施設管理―取水管理を行えないわけではないのであるから、名目的水利権主体たる理由も存在しないといえる。水利権主体が諸協議・交渉の当事者になる場合が多いであろうから、実際の利水者が当事者にふさわしいという意味では、水利権主体の変更は行わない方がよいであろう。⁽²¹⁾

5 小 括

許可水利権化、水利主体変更問題、土地改良区の一元化問題を水利権の重層構造という視角から整理してきた。許可水利権を河川管理の側面から、河川との接触面を表示するものという理解は、水利権主体の変更の場合を考えてみると、水利権の重層構造の理解により、取水の側面に関するものであることをよりよく理解できるであろう。水利権は、取水口から末端までの複雑な利害を含む構造を包含しているのであり、河川管理者によって把握しきれるものではない。重層構造的な存在形態は、その間に諸主体の関与を必然化し、その変化は、水利組織の組織形態と密接に関係し、この形態が現在大きな変化を示している。つまり、施設システムの変更を媒介として重層構造の変化が生じたために、それぞれの管理権限の配分の問題として現れてくる。一つの水利組織系統の中においては、各自の水利権が対内的には、対外関係における水量の問題は独自の問題としては表面化せず、施設管理の権限の問題として現れる。

取水施設を管理する国・公団が許可水利権者であるときは、その取水施設の管理の意志決定に土地改良区は関与できると問題がある。許可水利権主体の国・公団化への批判の問題はむしろ、そのような意志決定過程に対する交渉主体としての土地改良区の能力・勢力をいかに確保するかということであろう。土地改良区が権利主体である場合にも、取水施設が官・公団管理である場合には、管理をこれに依存したままであるならば、権利主体である意味はないであろう。したがって、水利権主体の変更が行われる場合には、土地改良区の管理意志決定過程への関与を確保することが重要であろう。

四 水利権譲渡と転用

水利権譲渡とりわけ、転用は、利水環境の変化に対応し、新たな地域的水利秩序に自己を適用させるための、水利権の存在構造の自己転化である。

1 水利権譲渡と私権説・公権説

水利権の譲渡が河川管理者の承認を要すとされていること、異目的利水間の譲渡が実務上禁止されていることの根拠が、水利権の公権的側面および河川水公水論に求められている。水利権が私権が公権であるかということは、どのような意味を持つのであろうか。この理解の相違によって、水利権譲渡の可否について特に差がでてくるという。現在、公権説、私権説の何れかに割り切って考える立場は少ない。

建設省サイド（建設省河川法研究会『河川法逐条解説』）の解釈は、「私権と公権の二面性を有する権利」（一三七頁）であるとしている。公権であることの根拠は、河川法上、水利権が河川管理者の許可によって設定される（二三

条）こと、河川法上の義務負担、制約を課されていること、が挙げられている。慣行水利権を発生根拠とするものは、許可によって設定されたという根拠はあてはまらない。

『日本の農業用水』は、「水利権は、私権であるが、公権という側面をもつ権利である」（二三四頁）としている。

この場合、公権というのがどのような意味を有するのか、明らかではないが、河川法による河川管理に関して生じる河川管理者と利水者間の監督・被監督関係であると解すれば、二つの側面を持つ権利であるということは異論のないところであらう。⁽²²⁾

異目的間の譲渡が禁止されていることは、河川管理者からみれば公権であることから当然であるとする。反対者からすれば、私権であるからには、当然譲渡性があると⁽²³⁾する。水利権の私権性は否定できず、その上で水利秩序の調整という河川管理者の関与が加えられるとすれば、当事者間の譲渡を前提にしてそれに対して承認という認可行為をなすとするのが筋がとおるであらう。ただし、私権であるからといって、公共目的からの制限がなされ得ないということはない。公共目的からの制限方法として、現行実務が妥当かという問題である。異目的間の譲渡をどのようにしてチェックすべきなのかという問題になる。法三四条の承認の手続では十分なしえないのであらうか。この側面から、行政実務の妥当性を評価する必要もあらう。実務は同時申請という形式で実質的な譲渡は可能となっている。⁽²⁴⁾手続としては、農業用水側から取水量の減量申請及び都市用水側からの増量または新規の申請を受けて同時処分による方法がとられている。どういう違いが出てくるのであらうか。譲渡形式を採ると、譲受人が当事者主導で決定されること、対価について制限を加えにくいこと、があらう。相手方の選定は、自治的な水利秩序の形成、農業用水の地域用水としての性格からしても譲渡側にまかせるべきものであり、対価制限については、譲受側を公共機関―自治体の水道局等―等に制限することによって歯止めをかけることは可能であらう。水利秩序への悪影響の防止については、

「水収支計算等の事前調査で判断すればよい」(水谷前掲一三三頁)であらう。⁽²⁵⁾このように妥当性という観点からみても、河川法三四条の承認に係る行政実務の規制は妥当ではないといえよう。以上見たように、何故異目的間譲渡に対して、譲渡承認という手続が適用されないのか、実質的な根拠に乏しい。河川管理者としての関与は、承認において果たしうるからである。⁽²⁶⁾河川管理者は、一つの水系の水利秩序に悪影響が生じないかを判断すれば足りうるであらう。その上で、対価等について判断すればよい。

2 転用類型と転用対価

転用の類型には、①単純転用―「ごく軽易な改修を除き合理化のための事業を必要としない」もの、②ダム転用―「ダム等において特定補給分として確保され、権利化されている農業用水を転用する」もの、③合理化転用―「ある程度の規模の合理化事業によって生み出された余剰水を転用する」もの、とがあるとされている。(君塚章「農業用水の合理化及び転用の現況と課題(上)」『自治研究』五四卷一〇号六一頁)。

転用は、水利権の一部割譲という形で、余剰水を他目的利水に与えるものである。河川管理者は、既得農業水利者が一たん合理化可能水量を河川に返し、その用水について河川管理者の意志で転用先を決定することを原則としている。しかし、多くの論者が言うように、水利権譲渡として認められるべきである。ただし、水利権の内容は、必要水量に対する支配であるという理論と抵触しないかという問題がある。

転用類型とそれに対応する対価を幾つかの側面から見てみよう。余剰水を産みだす施設費用は客観的に掛かる最低限の費用である。単純転用では、余剰水を産みだす施設措置が必要とされない点に特色があるとされる。したがって、水路使用料、水利施設減価償却費が必要な費用である。ダム転用も、この点で類似している。ダム施設の持ち分

の譲渡であり、ダムの費用負担の農業用水負担分である。合理化転用は、合理化事業費用を受益の程度に応じて負担する。法的に正当な転用に必要な補償という観点から見ると、転用前の施設・管理労働に対する補償（水路・施設維持の減価償却等⁽²⁷⁾）、転用後の水管理形態の変更に対する水利団体・農民の負担に対する補償という性質のものである。転用に際して、土地改良区がどのような実際の行動をなして余剰水を産みだすかという観点からみれば、①土地改良区が節水対策をしないで転用可能な場合、②土地改良区が節水対策をして転用水量を生み出す場合⁽²⁸⁾がある。①の対価は、水路・施設維持の減価償却であり、②の対価は、これに加えて、その節水対策の為の施設建設・維持費があり、さらには、水量減少による管理労働強化への補償がある。このように、土地改良区が積極的対策をとる場合にも、とらない場合にも対価を受け取る根拠がある。必要水量を超える余剰水の転用であるからといって、土地改良区が対価を受け取る根拠がないということではない。単純転用に係る施設減価償却費等は、転用前補償の一面であり、合理化転用に係る事業費負担は、転用後補償の一面であらう。さらには、資本と労働の投下という要素もあった。対価の性質がこのようなものであるとすると必要水量論を超える分についての公水論には、抵触しないであらう。実際の余剰水・流水を譲渡するわけではないからである。⁽²⁹⁾ここに水利権譲渡が私財譲渡的性格を持つことの根拠があらう。しかし、同時に、河川水資源が公共的性格を持つものであることの現れがある。通常、譲渡の対価は、余剰水売買の直接的対価としては、現象してこないからである。

しかし、転用は、水利権の一部割譲という形をとって水利秩序に変更を加える以上、やはり必要水量以上の水利権処分を行うものであり、水利権は必要な水だけを支配する権利であるという必要水量論と矛盾する側面がある。⁽³⁰⁾しかし、水利権の内容は、必要水量に対する支配であることだけであらうか。既得権としてしか説明できない側面があるのでなからうか。かんがい面積の減少などによって必要水量を超えた分を転用に回すということを単純化して考えれ

ば、従前の慣行水利権水量を既得権として土地改良区は、保持しているとも考えられよう。(対価の内容によっては既得権の譲渡であるとして構成した方がよいかもしれない。)ただし、この場合、慣行水利権水量を取水可能な施設形態を保持して、慣行水利権水量を実現できる可能性のある場合に限られるのではないか。既得権といっても、支配可能性を要件とする。そして、かなりの期間を権利量よりも少なく取水していれば、それが水利秩序の内容になり、既得権性は失われていると理解すべきであろう。ただし、実際は、転用可能量は、排水義務とのかねあいで決定されるから、自ずと既得権の内容は定まってしまう。これに対して、必要水量を超える分は、公水であり、河川管理者に返還しなければならない、つまり必要水量超過分の自動的公水化論というのは、不自然なフィクションであろう。いづれにしても、取水量の自己限定という土地改良区の行為を媒介しなければならないからである。譲渡者(減量申請者)か譲受者(新規申請者)のいずれかが費用負担しなければならないとしたら、譲受者が負担するⅡ対価を支払うのが相当である。水路の減価償却は当然支払はなければならない費用であるが、それ以外についても、転用は、むしろ、必要水量に自己を適用させ、新たな水利秩序を形成するための行為であり、その対価は、その適用させるための費用である。この費用を得るために水利権者が一部の処分を行うのは当然であり、既得権者が即時的に取水を減らす義務のないことは当然のことであろう。

しかし、以上に検討したのは、土地改良区の転用に要する必要な費用に限られていた。これを超えて、土地改良区が対価を受け取ることが許されるかどうかは、別に検討されなければならない。⁽³¹⁾

注(1) 水利秩序総体を捉えるについて、システムのな捉え方はかなりの有効性を有している。これを体系的に示したのは、『水利秩序論』(二世出版、八三・七)である。水利システムとは、水利利用の総過程をシステムとして把握した概念であり、二大サブシステムから構成される。施設シス

テムは、施設の体系であり、その管理運営あるいは改良・新設にあたつてとられる社会的関係は、社会システムとして捉えられる。「水利秩序は、これら施設システム、社会システムの全体によつて秩序づけられる水利利用の秩序である。」（志村博康筆、一五頁）水利システム概念と水利秩序概念は、同一の実体を基礎にして概念化されているが、「水利システムは総体をとらえる一般概念であるのに対し、水利秩序は「秩序」という評価基準を通じて概念を構成している」。この理論の体系的検討は、別稿に待たなければならないが、三つのレベル論との関係では、①③のレベルが社会システムに、②が施設システムに対応するが、①を独自の系としていることになる。

- (2) 公的管理といった場合、河川管理者による管理を意味するだけではない。農林省サイドも利水合理化に積極的に関与している。六四年土地改良法改正によつて、基幹水利施設造成、その所有・管理を通じて、農業水利再編を図っている。土地改良長期計画の策定、国・県事業における申請によらない事業の拡大、によつて国の意志による水利合理化にかかる事業実施体制ができ、ダム・頭首工管理者は、知事の認可を受け、管理規程をさだめなければならない。その管理規程には灌漑期別取水水量等を定めるよう指導し、国営事業造成施設の管理は、予定管理方法に従わなければならないことを定めた。志村後掲三五―六頁参照。河川管理者と農業利水の統括者との二面性を分離しつつ公的管理を分析しなければならない。
- (3) 三つのレベルの視点は、小川竹一・片岡直樹「農業用水合理化事業の問題点」（『農業構造問題研究』一四〇号 八四）で、①権利の所在、②土地改良区の組織形態、③用水管理・水利利用の形態、として提起した。また、青島敏・小川「豊川用水温美三町土地改良区の用水管理の特質」。
- 二。用水管理の実態（小川筆）」（『農業法研究』一二号 八七・三）参照。

- (4) 志村は、土地改良区の内部の変化を次の様にいう。「今日では水利施設が全面的に改修され、その水利施設を維持管理する職員も強化されることによつて、農業用水供給は個別的農業経営から相対的に独立化し、一つの社会的分業となるとともに、その運営の實際を司るものは、農業者ではなく、それを職業とするテクノラートになったのであり」、「技術系職員」は行政に順応的である。（志村『現代農業水利と水資源』二六頁七七 以下「水資源」水利施設改修、土地改良区技術系職員による用水管理という動きに照応して、土地改良区の統合問題がある。国は、土地改良区指導事業、農業用水合理化事業実施の際の指導によつて積極的これを進めている。この統廃合は、組合員の負担の軽減、行政の効率化等の目的があるが、用水管理の効率化、一元化に資するものである。小川竹一・片岡直樹「水利権の現代的課題 1 農業用水合理化事業の現状 2 農業用水合理化の法的課題」（『法社会学年報三八号 八四 以下「現状・法的課題」参照。

- (5) 志村『水資源』一〇八頁。「取水および排水の権利と義務は、河川水利を全体として秩序づけ、水の有効利用を実現している。それ故、「農業用水合理化をはかる場合、合理化してよいもの（たとえば取水の権利に相当するもの）に限られるべきであり、抜いてはならないもの（たとえば取水義務あるいは排水義務）に手を加えることは厳に慎まなければならない。」（一一〇頁）。

(6) 論者の主張する慣行水利権のメリットも、訴訟の場で意味を持ちうるものであろう。しかし、水利紛争解決が訴訟の場に乗ってこないという傾向がある。ことの是非は別として、水利紛争が訴訟に馴染みにくいという事をふまえて理論を構成していくことが必要である。

(7) 物権的請求権の行使については、許可水利権であるからといって何の制約もないことは当然である。公園等が許可水利権主体となっている場合には、利水者は権利者ではないので権利行使できないと解するべきでないのは、後述する慣行水利権と許可水利権との関係からしてあきらかであらう。

(8) 許可水利権化されていなくても、水利権への条件づけがなされる体制にある。ダムや頭首工を管理するものは、土地改良区管理下であつても、知事の認可を受けて管理規程を定めること、それには灌漑期別取水水量等詳細な条件を付すよう指導する。そして、国営事業による施設の管理は、予定管理方法によって行うべきことが定められている。

(9) 覚書「農業用水水利権の総取水水量表示について」(建設省河川局・農林省構造改善局、七五年一〇月)。農業用水合理化事業に係るものについて、葛西用水の事例を契機として導入された。

(10) 水利権の構造の捉え直しを最初に行ったのは、農業水利問題研究会『日本の農業用水』である。この研究会は、農水省の水利担当の行政官によつて構成されている。法学の領域から、このような構造変化に対応した数少ないものとして、利谷信義「水利権に関する試論(未定稿)」(日本農業土木総合研究所『水利調整組織機能整備調査報告書(昭和五十七年度)』)がある。

(11) 農地局長通達「土地改良財産の管理および処分に関する基本通達について」(六十七年七月)は、公共性の高い水利施設は、国が所有・管理し、一般の基幹的水利施設は、所有権の譲与はおこなわず、管理委託を行うことを定めた。比較的小規模の施設については、土地改良区に譲与されることになった。「農地局長通達」国営代行事業造成施設の譲与および管理事務委託事業実施要領について」(六九年一二月)参照。

(12) この切り替えは、水利団体が慣行水利権の放棄をなした上で河川管理者が許可水利権を付与することが建設省側で通常採らうとしている過程である。この切り替えについては、次の批判が妥当しよう。「土地改良事業の実施に伴う流水占用の許可処分の際に、地区内または近傍の慣行水利権を許可水利権化するよう河川管理者から要請されることがあるが、……何の契機もなく、末端での農業水利権の内容を変えることなく、単に河川との対応関係を明らかにするという意味しかない「流水の占用の許可」へ切り替えることは、いたずらに混乱を招く」『日本の農業用水』二四(一頁)。許可水利権化を後途のように河川管理との対応を明らかにしたにとどまると理解すれば、この放棄の意味は限定して理解されねばならない。

(13) 小林『霞ヶ浦の農業水利権』は、許可水利権とみなされることにつき次のように言う。河川法施行以後は、慣行水利権が許可水利権とみなさ

れるという見解を批判し、慣行水利権と許可水利権との区別を「あいまいにし、混乱を招くだけでなく、慣行水利権にもとづいて、水利利用をしている農民の立場を弱める結果となる」（三六頁）。許可水利権となるとすると、「慣行水利権に公法的規制が及び、経済の発展のなかで、発電用水工業用水などの圧力がかかり、農民の水利利用が不安定にならうとしている段階においては、理論的にも実践的にも、慣行水利権の強化をはかることが必要である」。小林の解釈方法と『日本の農業用水』の解釈方法の違いは、小林が慣行水利権と許可水利権との違いを絶対化しているのに対し、『日本の農業用水』は、許可水利権の持つ意味を相対化していることにあり、後者の方が水利権の実態に即したきめ細かな分析を可能にしているといえよう。

（14） 行政実務では、許可水利権へ切り替えられたものは、新規利水と同様の取り扱いをしている。

（15） この見解は、利谷を除いて法学者の間では浸透していない。

（16） 土地改良法九四条は、国営土地改良事業によって生じた水の使用に関する権利は、農林大臣が管理・処分する権利を与えられている国有財産であるとしている。志村は、河川法二三条の流水占用権地ではないが、「水利施設とともにその施設を利用して水を使用する権限」であり、その施設からの利水者に対して拘束力を有するとする。これも、重層構造の中で位置づけると取水に関する権限のみである。建設省サイド（建設省河川法研究会『河川法逐条解説』日本加除法令出版、七九、以下『逐条解説』）は、取水又は流水の貯留を行うものが、「流水占用権者」になるべきであり、国・県営土地改良事業によって生じた取水施設について土地改良区に管理委託がおこなわれても、水利権の譲与が行われていないことを指摘し、「土地改良区等に対する水利権の譲与によって名目を実質に近づけるか、あるいは、国又は都道府県が、自ら施設を管理するか少なくともその管理業務の基本的な部分に対する実際に留保することによって、名目が実質をそなえるように」しなければならいとする。（一五八頁）。公団が行う事業に係る権利主体については、原水供給業務を行う場合であれば、公団は、国の立案計画の実施機関であり、管理業務も行い、事業実施方針・施設管理方針に基づいて事業実施計画・施設管理規定を定めて業務を行っていることから、主体性を有するので、権利主体足りうるとしている。管理主体を権利主体とするのは一応の筋が通っている。土地改良区が管理していない場合にも依然として慣行水利権主体であることを承認し、それに応じた対応を行えば問題はないと言えるかもしれない。しかし、問題は、土地改良区が管理主体足り得ないことである。

（17） 小林三衛「水利権の現代的課題 3 水利紛争の類型と問題点」は、主体の変更問題に関連する筆者らの重層構造論に関連して、（一）国・都道府県が権利主体になると、農民からみると、旧来の慣行水利権が失われたことになる。それは、取水についてだけであり、配水や引水の権利は残存していると解されないことはないが、水利権の基本的内容は、取水にある、といわなければならない。（前掲法社会学年報一二三頁）とする。

（18） したがって、この場合の慣行水利権の放棄の意味は、従前有していた取水施設からの取水を行わない、ということであると理解すべきであ

る。慣行水利権の放棄には、入会権の放棄に準じて、土地改良区組合員全員の同意が必要であるとする見解があるが、この場合そのような放棄ではないのであるから、土地改良法の特別議決の要件で足りるであらう。しかし、このような手続が行われていない場合も多いようである。

(19) 葛西用水（農業用水合理化事業）の事例では、水利権者が公団が減量申請するという形で葛西用水と河川管理者との直接的関係が生じない形で処理されている。公団は、葛西用水の意向に従うという形で行動している。公団は手続代行者であり、実質的主体は、葛西用水である。

(20) 水利権主体の変更は、公的管理の強化という事態を象徴している事柄である。しかし、これから直ちに、実態的に水利権の弱体化が存在すると捉えることには問題があらう。筆者らの葛西用水調査の感触では、土地改良区が名目的水利権主体で無くなったことの直接的不利益はないようであった。勿論、許可水利権（公団所持）であることから、水管理への制約は存在する。しかし、土地改良区技術系職員の水管理労働への制約・強化、そのための維持管理費の増大と、水使用の現場での制約を区別して考えなければならない。

(21) 許可水利権主体が河川法の諸協議のメンバーになり、慣行水利権の残存・縮減形態の主体たる土地改良区はこのメンバーとはならない。このことは、実質的な権利主体が、水利秩序を構成する調整機構に参加しないこととなり、問題があらう。実際的には、取水に係る許可水利権主体が土地改良区の意志を無視して、行動することはないであらうが、制度論的には不備であるといえよう。（佐々木・千賀・国広・川尻・延藤「水利権と河川協議」「水利秩序論」三三頁参照）なお、『日本の農業用水』は、国が権利主体となる方が利水者にとっても河川管理者との関係で有利であるとする。

(22) 上記のように解すれば公権であることは、否定できないであらう。ただし、公権である側面は否定できないとしても、河川管理上の諸権限をすべて公権であるというのかは別問題である。公法上の義務の規定は、公権性の現れであるが譲渡の承認については、私的財産権の譲渡を行政庁の承認や許可にかかわらしめることは無数の立法例の示すところである。渡辺洋三「農業水利権研究の課題」（農業法研究七号）一〇四頁）参照。

(23) 水谷は、河川管理者が①有償譲渡を禁じていること②異目的の譲渡を禁じていることを批判する。批判は正当であるが、①は②の系の問題であらう。私権である根底には、その経済財性がある。「農業用水は」その生産と管理に一定の投資と労働が投下された経済財としての性格をもつこと、および転用水を創出するにはさらに追加的な資本と労働の投下が必要であり、「水利転用の対象となる水自体が価値をになう」のである。（水谷正一「農業用水の転用に関する研究」「水経済年報八三年版」一三二頁）

(24) 河川局長通達「農業用水の転用に関する取り扱いについて」（七七年二月七日）は、次のように定めている。「記一転用に伴う水利処分的一般原則 1 河川水は、公共の資産であり、私的取り引き、対象とはされないこと 2 河川水の配分は、河川管理者が、公共の利益を基準とし

て決つるものであること 3 水利権は、権利設定の目的に応じて、現に必要とされる量の取水の権利として保護されるものであること V 水利処分の手続 1 これらの転用については、河川法第三四条の規定（水利権の譲渡）は適用しないこと 4 事業に要する費用の全部又は一部を、合理的な投資額の範囲でかつ、関係当事者の受益の限度に応じて負担することはさしつかえないが、これは水利権の譲渡の対価としての金銭の授受を認める趣旨ではない。

(25) 「転用水量の決定においては下流地区への排水義務量を考慮」すれば悪影響は生じない。また、「『見直し』期間を設定し、実測によって影響を調査すれば事足りる」（水谷前掲一三三頁）。

(26) 金沢良雄「慣行水利権の合理化」（『水と日本農業』所収、初出「法協八七巻六号」七〇）は、合意の内容（目的が含まれる）を、新規利水者に権利として保護されるべき地位が与えられてよいかを判断して、承認を行えばよいとする。二三〇頁。

(27) また、先に見たように、転用対価といっても、理論的には、減価償却費、補償的対価として捉えられるものがあり、単に余剰水の譲渡としてだけでは捉えられないものがある。この減価償却とみる方向で合理化制度を組み立てたものは、農業水利研究会「都市化過程における農業水利」の提言である。この提言は、モデルとして埼玉県見沼用水の事例をとり、幹線水路を共用する都市用水への転用を考えている。「水路の維持管理費と水路の使用に対」する支払いが転用対価である。水路の使用に対する支払いは、単なる使用料ではなく、「農業用水の使用水量の減少に伴って生じた水路容量の不用部分の都市用水に対する譲渡」に対する支払いであり、都市用水の使用水量が圧倒的になった場合は、都市用水に幹線水路を移管するものとし、その施設の残存価値に対し、「用水の年間使用水量で対する都市用水の使用割合に当たる額を一時に支払」う、とするものである。

(28) 君塚前掲論文（下）（「自治研究」五四巻一一号）は、「従来の転用事例をみるに、共同水路の利用費（使用料）、水路、維持管理費等の負担の例はあるが、水そのものの対価を支払う例は少な」い、とする。一〇〇頁。

(29) スプロール化していない一団地に農地の潰廃による余剰水の創出の場合がこれに当てはまる。スプロール化している所では、ばらばらに蟻地が転用されているので、余剰水の創出には結びつかない。

(30) 利谷前掲「論文」は、必要水量を超える分については権利性を保持するには特別の手法が必要もあるとする。「権利の内容は、水の現実的必要性によって画されており、不必要となったばあいには、特別の手法がない限り、水利権に対する保護は失われる。問題は、慣行水利権が本来目的とした特別の必要性を失った場合においても、それを存続させる特別の手法とは何かである」（六頁）。利谷は、その他の問題として、譲渡を認めず、水利権を消滅させる場合には、損失補償が必要であるとする。また、譲渡・補償の対価に、「開発利益」を抑制することが必要であるとし

ている。(一〇頁)

(31) 君塚前掲論文は、單純転用における費用負担について次のように言う。「……河川自流水そのものに關して、〃水の商品化〃が進んでいると考えるのは早計であり、また、農業水利に限らず、いったん水利使用許可を得た者が、水資源開発について格別の投資(費用負担)を行っていない場合において、近年毎秒トン当たり数十億円にも達する新規水源開発コストを上限として、私的取り引きの対象として売買することが是認されるならば、おそらく、水利権の私財化(利権化)及び囲い込みが生ずる」とする。とすると、異目的間譲渡の禁止は、單純転用の利権化を恐れたことのみを理由とするであらうか。